

Rep.N° .

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 11 MAI 2007.

10^{ème} chambre

Cotisations indépendants
Contradictoire
Définitif

En cause de:

C. F., domiciliée à 1[...];

Appelante, représentée par Me Delperdange H., avocat à Bruxelles.

Contre:

ASBL PARTENA, Assurances sociales pour travailleurs indépendants, dont le siège social est établi à 1000 BRUXELLES, boulevard Anspach, 1 ;

Intimée, représenté par Me Vaernewijck, avocat à Bruxelles.

★

★

★

Vu la législation applicable et notamment :

- Le Code judiciaire.
- La loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.
- L'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants.

Vu les pièces de la procédure et notamment :

- Le jugement du Tribunal du travail de Bruxelles, prononcé après un débat contradictoire le 10 janvier 2003.
- La requête d'appel formée par Madame C. le 26 mai 2003.
- Les conclusions de Madame C. du 17 juin 2004, ses conclusions de synthèse du 10 février 2005, celles du 23 juin 2005 et celles du 3 août 2005. Les conclusions de la Caisse du 8 mars 2004 et ses conclusions additionnelles du 10 mai 2005.
- Le dossier de la Caisse déposé le 2 mars 2007, et celui de Madame C. déposé le 9 décembre 2005 ; les pièces déposées par le Ministère public le 27 décembre 2005 (deux transmis), le 5 janvier 2006, le 6 janvier 2006, le 11 janvier 2006, le 30 janvier 2006 et le 25 janvier 2007.

Entendu les parties à l'audience publique du 9 mars 2007.

I. LE JUGEMENT

1.

Par le jugement du 10 janvier 2003, le Tribunal du travail de Bruxelles a débouté Madame C. de sa demande, en remboursement de 20.343,38 EUR (820.649,91 BEF) de cotisations sociales payées indûment, et en paiement de dommages et intérêts.

III. L'APPEL

2.

Madame C. fait appel, et elle demande de condamner la Caisse à lui payer :

- 20.343,38 EUR en remboursement de cotisations sociales payées indûment
- 7.500 EUR provisionnel de dommages et intérêts pour frais et honoraires d'avocat ou subsidiairement 2.000 EUR de dommages et intérêts, en raison de l'attitude fautive de la Caisse.
- Les intérêts de retard, et les intérêts de retard sur ceux capitalisés conformément à l'article 1154 du code civil.

La Caisse demande, quant à elle, de confirmer le jugement.

3.

Le dossier n'indique pas que le jugement a été signifié. Introduit dans les formes et délais légaux, l'appel est recevable.

III. LES FAITS

4.

Madame C. a exercé la profession d'avocate.

A l'origine, elle a exercé cette activité professionnelle indépendante en qualité de personne physique. Elle s'est affiliée à ce titre à une caisse d'assurances sociales pour travailleurs indépendants, dont la Caisse a aujourd'hui repris les droits. En 1992, elle était associée de la société civile d'avocats Liedekerke Wolters Waelbroeck et Kirkpatrick.

En 1992, Madame C. a fondé avec son époux la société civile à forme de société en nom collectif F. C. et Ph. Malherbe, qui avait pour objet l'exercice pour compte commun de la profession d'avocat, en tant que membre de la société civile Liedekerke Wolters Waelbroeck et Kirkpatrick.

Suivant l'article 5 des statuts de la société en nom collectif: « *La gestion et l'administration de la société seront assurés par chacun des associés, les décisions excédant la gestion des dossiers ou la gestion journalière de la société ou impliquant un conflit d'intérêt étant prises à l'unanimité des associés* ».

Le même jour, la société en nom collectif a été admise comme membre de la société civile Liedekerke Wolters Waelbroeck et Kirkpatrick, en remplacement des personnes physiques F. C. et Ph. Malherbe.

Suivant les statuts en vigueur en 1998 et 1999 de la société civile Liedekerke Wolters Waelbroeck et Kirkpatrick : « *Chaque associé a la qualité d'associé-gérant et accomplit seul tous les actes ressortissant de la profession d'avocat, ainsi que tous les actes de minime importance ou requérant célérité* ».

5.

A la réunion des associés de la société civile Liedekerke Wolters Waelbroeck et Kirkpatrick du 15 janvier 1998, Madame C. a été autorisée à prendre un congé sabbatique d'un an prenant cours le 1^{er} avril 1998 et renouvelable une fois. Durant cette période Madame C. serait dispensée d'activité professionnelle, et ne bénéficierait d'aucune rémunération.

6.

Le 13 mars 1998, après un entretien téléphonique, Madame C. a adressé à la Caisse la lettre suivante :

« Je déclare par la présente que je suspends mon activité d'avocat pour une période d'un an prenant cours le 1^{er} avril 1998. Pendant cette période, tout en conservant le titre d'avocat et en restant inscrite au Barreau de Bruxelles, je n'exercerai plus d'activité professionnelle et ne percevrai aucun honoraire. J'ai noté que pendant cette interruption d'activité, je ne serai redevable d'aucune cotisation de sécurité sociale. »

Le 19 mars 1998, la Caisse a répondu qu'elle notait que Madame C. cessait son activité professionnelle au 31 mars 1998, qu'elle annulait provisoirement le dossier à cette date sous réserve de vérification ultérieure par l'INASTI, et que les cotisations sociales n'étaient plus dues après cette date.

Le même jour, la Caisse a demandé à l'INASTI de confirmer la cessation d'activité.

7.

Lors de son assemblée générale extraordinaire du 20 mars 1998, la société en nom collectif F. C. et Ph. Malherbe a acté que Madame C. effectuait une pause-carrière à compter du 31 mars 1998 à minuit pour une durée renouvelable d'un an, qu'elle n'exercerait plus aucune activité professionnelle et ne serait pas rémunérée.

Madame C. expose qu'elle n'a plus repris son activité d'avocate depuis lors.

La société en nom collectif a payé Madame C. jusqu'au 31 mars 1998, et elle ne lui a plus payé aucun revenu professionnel depuis lors. De manière générale, Madame C. n'a plus perçu aucun revenu professionnel depuis le 1^{er} avril 1998 jusque fin 1999 au moins (voir la fiche fiscale établie par la société en nom collectif pour l'exercice social de décembre 1997 à novembre 1998, qui constate le paiement de 817.984 BEF net de précompte c'est-à-dire quatre mensualités de 204.496 BEF net - décembre 1997 à mars 1998 - à majorer de 73.724 BEF de précompte, ce qui donne des mensualités brutes de 278.220 BEF ; comparer avec l'avertissement extrait de rôle pour les revenus de l'année civile 1998 qui constate le paiement de 834.660 BE brut de précompte c'est-à-dire trois mensualités de 278.220 BEF brut - janvier à mars 1998 - et aucun autre revenu ; avertissement-extrait de rôle pour les revenus de 1999).

8.

En janvier 1999, l'INASTI a effectué une enquête.

A l'issue de cette enquête, par une lettre du 12 février 1999, l'INASTI a informé la Caisse que Madame C. restait assujettie sans interruption au statut social des travailleurs indépendants, en sa qualité d'associée gérante de la société civile Liedekerke Wolters Waelbroeck et Kirckpatrick ainsi que de la société en commandite simple F. C. et Ph. Malherbe.

Le 17 février 1999, la Caisse a transmis cette lettre à Madame C.. Le 22 février 1999, la Caisse lui a demandé 487.107 BEF de cotisations sociales, pour la période du 1^{er} avril 1998 au 31 mars 1999 (deuxième trimestre 1998 au premier trimestre 1999 inclus)

Madame C. a contesté la dette. Elle a payé la somme demandée, sous ces réserves et indiqué qu'elle en demanderait le remboursement en justice.

La Caisse a ensuite demandé et Madame C. a payé les cotisations sociales des trois derniers trimestres de l'année 1999.

9.

Le 27 décembre 1999, la société en nom collectif a modifié ses statuts, en ce qui concerne la gestion et l'administration. Désormais, celles-ci seraient assurées par un ou plusieurs associés gérants délégués à cet effet par l'assemblée générale. Le même jour, l'assemblée générale a désigné l'époux de Madame C. en qualité d'associé-gérant unique.

10.

Au 31 mars 2000, Madame C. a été omise du tableau de l'Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles. La société en nom collectif a été mise en liquidation, et la liquidation a été clôturée le 21 décembre 2001, avec un dividende qui a été réparti entre les deux associés.

IV. DISCUSSION

A. Les cotisations sociales

11.

La Caisse plaide que Madame C. est restée assujettie au statut social des travailleurs indépendants, du 1^{er} avril 1998 au 31 décembre 1999. C'est pourquoi elle estime devoir conserver les cotisations, que Madame C. a payées pour cette période.

Madame C. le conteste.

12.

L'article 3 §1^{er} de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, définit comme travailleur indépendant : toute personne physique, qui exerce en Belgique une activité professionnelle en raison de laquelle elle n'est pas engagée dans les liens d'un contrat de travail ou d'un statut.

L'activité professionnelle est (i) une activité, (ii) exercée dans un but de lucre même si en fait elle ne produit pas de revenus, (iii) et exercée de manière habituelle (P. Denis, *Droit de la sécurité sociale*, 1994, t. I, p. 122 et les références citées).

L'associé actif exerce une activité professionnelle et est assujetti au statut social des travailleurs indépendants. C'est celui qui exerce une activité dans la société en vue de faire fructifier le capital qui lui appartient en partie (Cass., 16 janvier 1978, Pas., 1978, p. 558 ; Cass. 2 février 1981, Pas., 1981, p. 605 ;

Cass., 26 janvier 1987, J.T.T., 1987, p. 254). Il n'est pas requis qu'il ait effectivement perçu des bénéfices (Cass., 26 janvier 1987, cité). En effet, de manière générale, celui qui exerce de manière habituelle une activité dans un but de lucre exerce une activité professionnelle, même s'il ne perçoit pas de revenus (Cass., 9 mai 1983, Pas., p. 1018).

Le mandataire de société est lui aussi susceptible d'exercer une activité professionnelle, s'il exerce son activité de gestion et d'administration dans un but de lucre et de manière habituelle. C'est pourquoi « la désignation comme mandataire » dans une société assujettie à l'impôt belge des sociétés ou à l'impôt belge des non-résidents, ou « l'exercice d'un mandat » dans une société qui se livre à une exploitation ou à des opérations à caractère lucratif, fait présumer l'exercice d'une activité professionnelle (articles 3 §4 alinéa 4 de l'arrêté royal n° 38 ; article 2 de son arrêté royal d'exécution du 19 décembre 1967).

La perception de revenus professionnels, ceux visés aux articles 23 §1^{er} 1° ou 2° ou à l'article 30 2° du code des impôts sur les revenus 1992, peut aussi révéler une activité professionnelle. C'est pourquoi est présumée, jusqu'à la preuve du contraire, se trouver dans les conditions d'assujettissement, toute personne qui exerce en Belgique une activité professionnelle susceptible de produire de tels revenus (article 3 §1^{er} alinéa 2 de l'arrêté royal n° 38).

13.

La société en nom collectif est celle que forment sous une raison sociale deux ou plusieurs personnes qui répondent solidairement et indéfiniment de tout le passif social. A défaut de gérant indiqué dans les statuts, ces sociétés sont administrées par tous et chacun des associés (Cass., 15 janvier 1891, Pas., p. 47 ; Van Rijn et Heenen, *Principes de droit commercial*, t. 1, n° 423, p. 297). C'est le régime mis en œuvre au sein de la société en nom collectif Fr. C. et Ph. Malherbe jusque décembre 1999. Les pouvoirs de gestion et d'administration des associés découlent par conséquent, non pas de la désignation, ni de l'exercice d'un mandat de société, mais bien du contrat de société lui-même (Tilquin et Simonart, *Traité des sociétés*, t. II, n° 1367).

14.

Aucun élément du dossier ne révèle que Madame C. a accompli de manière habituelle des actes, qui puissent constituer l'exercice d'une activité professionnelle, du 1^{er} avril 1998 au 31 décembre 1999.

Madame C. n'a pas exercé l'activité d'avocate. Les procès-verbaux des réunions d'associés indiquent en effet et aucun élément ne dément, qu'elle a interrompu cette activité à partir du 1^{er} avril 1998.

Elle n'a pas non plus exercé de manière habituelle, une activité de gestion et d'administration de la société en nom collectif. Normalement en effet, le pouvoir de gérer et d'administrer la société en nom collectif, concurremment avec son époux et associé, devait entraîner exclusivement les actes suivants :

donner son accord aux décisions communes, c'est-à-dire celles qui excèdent la gestion des dossiers ou la gestion journalière de la société ou impliquent un conflit d'intérêt. Poursuivant son activité professionnelle d'avocat au sein de la société et y travaillant chaque jour, c'est en effet l'époux de Madame C. qui a pris les décisions concernant la gestion des dossiers, et c'est normalement lui qui a pris aussi les décisions de gestion journalière. La participation aux décisions qui excèdent la gestion des dossiers, la gestion journalière ou qui impliquent un conflit d'intérêt, au sein d'une société en nom collectif constituée entre deux époux pour l'exercice pour compte commun de la profession d'avocat, en tant que membre d'une autre société d'avocats dont la société en nom collectif est associée-gérante avec tous les autres associés, ne nécessite pas normalement de poser des actes de manière habituelle. De telles décisions sont rares en effet. Le dossier n'en révèle pas. Des actes aussi exceptionnels ne forment pas une activité habituelle, une activité professionnelle. La Caisse ne prouve pas que malgré cette apparence, Madame C. a en réalité exercé une activité régulière ou habituelle en sa qualité d'associée de la société en nom collectif.

Madame C. a bien été comme elle l'affirme, une « associée non active » de la société en nom collectif, du 1^{er} avril 1998 au 31 décembre 1999.

15.

Madame C. n'a pas été désignée pour, et elle n'a pas exercé de mandat de société pendant la même période.

Les pouvoirs de gestion et d'administration de l'associé d'une société en nom collectif au sein de laquelle aucun gérant n'a été désigné, ne résultent pas d'un tel mandat, ni d'une « *présomption réversible de mandat tacite* » mais bien du contrat de société lui-même (cf. doctrine citée ci-dessus).

Quoiqu'il en soit, même si ces pouvoirs de gestion résultaient d'un mandat, et même si Madame C. était par ce fait présumée avoir exercé une activité professionnelle indépendante entre le 1^{er} avril 1998 et le 31 décembre 1999, cette présomption pourrait être renversée. Le caractère irréfragable de la présomption est en effet inconstitutionnel et illégal, en tout cas pour les personnes qui gèrent des sociétés en Belgique (cf. l'argumentation de C.A. n° 176/2004, 3 novembre 2004, en ce qui concerne l'article 3 § 1^{er} alinéa 4 de l'arrêté royal n° 38 ; C.T. Bruxelles, 9 juin 2000, R.G. n° 36.594/36.734, sur conclusions conformes de l'avocat général Werquin, en ce qui concerne l'article 2 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967). Madame C. apporte cette preuve. En effet d'une part la gestion, avec l'autre associé qui poursuit chaque jour sa profession d'avocat, d'une société en nom collectif constituée entre deux époux pour l'exercice pour compte commun de la profession d'avocat, laquelle société exerce elle-même des pouvoirs de gestion concurrents avec les autres associés au sein d'une seconde société d'avocats, lorsque la gestion de la société en nom collectif se limite à ce qui excède la gestion des dossiers et la gestion journalière, et aux décisions qui impliquent un conflit d'intérêt, ne présente pas normalement de caractère de régularité ou d'habitude. D'autre part le dossier ne révèle aucun acte de gestion de

Madame C.. En conclusion, Madame C. prouve qu'elle n'a pas exercé d'activité de gestion de manière régulière ou habituelle, c'est-à-dire qu'elle n'a pas exercé d'activité professionnelle.

16.

Le dossier ne révèle pas non plus de revenus professionnels visés par les articles 23, §1^{er}, 1° ou 2°, ou à l'article 30, 2° du code des impôts sur les revenus 1992. Madame C. n'a plus perçu aucun revenu de ce type au-delà du 31 mars 1998 (cf. exposé des faits ci-dessus).

17.

En conclusion, Madame C. n'a pas exercé d'activité professionnelle indépendante, du 1^{er} avril 1998 au 31 décembre 1999. Elle n'était pas assujettie au statut social des indépendants et elle ne devait pas payer les cotisations sociales.

18.

La Caisse doit donc lui rembourser les cotisations sociales, c'est-à-dire 20.343,38 EUR.

Madame C. a fait dès le 2 mars 1999 une sommation conforme à l'article 1153 du code civil. La Caisse doit donc payer les intérêts de retard depuis le paiement des cotisations qui doivent aujourd'hui être remboursées, c'est-à-dire depuis le 2 mars 1999 sur 12.075,07 EUR, le 30 juin 1999 sur 2.756,10 EUR, le 30 septembre 1999 sur 2.756,10 EUR et enfin depuis le 31 décembre 1999 sur 2.756,10 EUR.

Madame C. a procédé le 5 septembre 2001, le 26 mai 2003, le 17 juin 2004 et le 23 juin 2005 à des sommations conformes à l'article 1154 du code civil (les sommations sont réalisées à la date de dépôt des conclusions et requête d'appel au greffe). La Caisse doit donc aussi payer les intérêts de retard sur les intérêts échus, capitalisés à ces dates.

B. Les dommages et intérêts

19.

La Caisse n'a pas commis de faute :

- Elle n'a pas pu envisager en mars 1998 les conséquences sur le statut social de Madame C., de sa qualité d'associée chargée de la gestion et de l'administration d'une société en nom collectif, elle-même associée-gérante d'une autre société. En effet, Madame C. n'a évoqué sa qualité d'associée ni dans sa déclaration d'affiliation, ni dans une déclaration modificative, ni dans sa lettre du 13 mars 1998. Elle ne prouve pas l'avoir évoquée dans l'entretien téléphonique qui a précédé cette lettre. Le fait

que la société en nom collectif payait à la Caisse les cotisations à charge des sociétés, n'a pas suffi à informer la Caisse. En effet d'une part, Madame C. ne prouve pas que ce dossier-là révélait sa qualité d'associée et ses pouvoirs de gestion et d'administration. D'autre part et surtout, les caisses d'assurances sociales de travailleurs indépendants ne doivent pas en règle générale, compte tenu de la quantité de dossiers qu'elles gèrent, tirer des informations d'un dossier pour en éclairer un autre lorsque la réglementation ne l'impose pas. Une caisse d'assurances sociales ne doit pas non plus interroger son affilié qui déclare exercer la profession d'avocat, pour savoir s'il exerce cette profession au sein d'une société : c'est à l'assuré social de fournir cette information.

- La Caisse a fait les réserves nécessaires dans sa lettre de mars 1998 : elle a indiqué qu'elle annulait le dossier provisoirement et sous réserve de la décision de l'INASTI.
- En règle générale, à laquelle le présent dossier ne déroge pas, le devoir d'information et d'assistance des caisses d'assurance sociale au profit des assurés sociaux (article 20 §1^{er} alinéa 4, *b* de l'arrêté royal n° 38), conjugué avec leur obligation d'appliquer la réglementation sous le contrôle de l'administration laquelle peut faire appel à l'INASTI (article 20 §2 alinéa 2° de l'arrêté royal n° 38), institution compétente en particulier pour vérifier si les personnes assujetties sont affiliées à une caisse d'assurances sociales (article 21 §2 1° de l'arrêté royal n° 38), n'oblige pas les caisses à conseiller les assurés sociaux en ce qui concerne les arguments à formuler pour contester les décisions de l'INASTI, ni à leur proposer les stratégies à suivre pour éviter ces décisions, par exemple modifier les statuts et les règles de gestion de la société de l'assuré social.
- La Caisse a fourni à l'INASTI tous les éléments en sa possession et indispensables pour appliquer la législation (article 20 § 1^{er} alinéa 4, *c* de l'arrêté royal n° 38).
- En règle générale, à laquelle le présent dossier ne déroge pas, une caisse d'assurances sociales n'a pas l'obligation de s'incliner devant la position de l'assuré social confortée par la jurisprudence, lorsque l'INASTI refuse de le faire et propose une argumentation juridique. En règle générale, les parties à un procès peuvent soutenir des thèses juridiques minoritaires ou qui sont peu appliquées en jurisprudence, lorsque ces thèses ne sont pas aberrantes.

En conclusion, la Caisse ne doit pas payer de dommages et intérêts à Madame C..

POUR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant après un débat contradictoire :

Dit l'appel recevable et fondé. Réforme partiellement le jugement attaqué.

Faisant droit à nouveau,

Dit que l'asbl PARTENA – Assurances sociales des travailleurs indépendants doit payer à Madame C. :

- 20.343,38 EUR en remboursement de cotisations sociales payées indûment.
- Les intérêts de retard calculés à partir des dates suivantes :
 - sur 12.075,07 EUR, à partir du 2 mars 1999,
 - sur 2.756,10 EUR, à partir du 30 juin 1999,
 - sur 2.756,10 EUR, à partir du 30 septembre 1999,
 - sur 2.756,10 EUR, à partir du 31 décembre 1999.
- Les intérêts de retard sur les intérêts de retard déterminés ci-dessus, échus et capitalisés aux dates suivantes : le 5 septembre 2001, le 26 mai 2003, le 17 juin 2004, et le 24 juin 2005.
- Les dépens des deux instances, qui sont liquidés à ce jour pour Madame C. à 619,64 EUR c'est-à-dire :
 - 86,69 EUR de frais de citation
 - 196,33 EUR d'indemnité de procédure en première instance
 - 57,02 EUR d'indemnité de débours
 - 279,60 EUR d'indemnité de procédure en appel.

Déboute Madame C. de sa demande pour le surplus.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique de la 10^e chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le onze mai deux mille sept, où étaient présents :

G. BEAUTHIER Conseiller

M. DELANGE Conseiller

J. HUBAILLE Conseiller social au titre d'indépendant

C. HARDY Greffier adjoint

C. HARDY

J. HUBAILLE

M. DELANGE

G. BEAUTHIER